Recurso 19/2018
Resolución 40/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 15 de febrero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUNIOR INFORMÁTICA, S.A.** contra la Resolución, de 9 de noviembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de personal para la atención al alumnado en el comedor escolar en centros docentes públicos dependientes de la Delegación Territorial de Almería de la Consejería de Educación, durante el curso 2017-2018", respecto de los Lotes 6 y 7 (Expte. CE/DTAL/P.A.A.-17-18), convocado por la Delegación Territorial de Educación de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de octubre de 2017, fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 192 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 303.997,52 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, que lo hizo exclusivamente a los Lotes 6 y 7.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Resolución, de 9 de noviembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En concreto los Lotes 6 y 7 fueron adjudicados a la entidad AL-ALBA ESE, S.L. (en adelante AL-ALBA). Dicha resolución de adjudicación fue remitida el mismo 9 de noviembre a la ahora recurrente mediante correo electrónico y publicada en el perfil de contratante.

CUARTO. El 28 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por JUNIOR INFORMÁTICA, S.A. (en adelante JUNIOR INFORMÁTICA) contra la citada Resolución, de 9 de noviembre de 2017, del órgano de contratación de adjudicación del contrato.

El órgano de contratación, mediante oficio de fecha, 30 de noviembre de 2017, de salida de su registro, remite el escrito de recurso, informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 24 de enero de 2018.

QUINTO. El 29 de enero de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

En este sentido, aun cuando la recurrente impugna el resolución de adjudicación en su conjunto, solo ha presentado oferta a los Lotes 6 y 7, por lo que solo para éstos esta legitimada.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en

materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4*".

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la ahora recurrente el 9 de noviembre de 2017, por lo que al haberse presentado el recurso el 28 de noviembre de 2017 en el Registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

En este sentido, el órgano de contratación solicita la extemporaneidad del recurso pues, a su entender, la recurrente funda su escrito de interposición en el contenido de los pliegos habiendo finalizado el plazo para recurrirlos el 27 de octubre de 2017. Al respecto, este Tribunal no pueda acoger el alegato del órgano de contratación pues lo que se impugna es la adjudicación y ello con independencia de que la recurrente, en su caso, cuestione parte del contenido de los pliegos, circunstancia que será analizada a lo largo de este resolución.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación, de 9 de noviembre de 2017, de adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se anule dicho acuerdo impugnado, dictando otro en su lugar en el que se efectúe una nueva valoración de las ofertas, realizándose una nueva adjudicación, excluyendo aquellas proposiciones que no se ajusten a los criterios establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, así como al resto de normas vulneradas, por no

respetar los derechos laborales de los trabajadores afectos al servicio, no pudiendo ser evaluadas las ofertas que no respeten el precio mínimo del salario/hora de los monitores, establecido en 10,04 euros, en base a cuantos razonamientos fácticos y jurídicos se contienen en el cuerpo del recurso.

Funda su pretensión la recurrente en una serie de motivos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primero de los motivos del recurso, la recurrente afirma que del tenor literal de lo expresado en las cláusulas 4 y 6 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), las empresas adjudicatarias tenían que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria. En este sentido, señala que la Comisión Nacional de Convenios, así como la Comisión Paritaria del II Convenio Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, a requerimiento de la Asociación Andaluza de Empresas Educativas, Culturales y de Ocio han establecido que *"Es de aplicación el Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, para el servicio de vigilancia y atención al alumnado en el comedor escolar en Centros Docentes Públicos de gestión directa dependiente de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte.*"

Asimismo, indica que de igual modo se pronunció este Tribunal en su Resolución 322/2016, de 15 de diciembre, en la que se reconoce el coste del Convenio según la categoría de monitor, y que alcanza la cantidad de 10,04 euros/hora, al asignar al monitor de ocio educativo y tiempo libre dentro del grupo IV "personal de atención directa".

Así pues, a su juicio, conforme a lo expresado, las empresas que concurriesen a la licitación deberían ceñir sus ofertas en el capítulo referido a costes de personal, a la cifra reconocida por ese Tribunal, es decir, no podrían bajar de 10,04 euros/hora.

Concluye que las adjudicaciones que se han acordado en la resolución recurrida no son ajustadas a derecho, por cuanto las mismas son anormales y desproporcionadas, toda vez que no se ajustan a lo establecido en el PPT al estar todas ellas por debajo del salario mínimo para los trabajadores, de conformidad con su categoría profesional y con el convenio colectivo de aplicación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que los pliegos que rigen la licitación no se pronuncian sobre el convenio aplicable, unicamente aplican el artículo 120 del TRLCSP, en cuanto a la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores para permitir la evaluación de los costes laborales.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del recurso. Al respecto, han de traerse a colación las cláusulas 4 y 6 del PPT citadas por la recurrente, pues, a su juicio, las empresas adjudicatarias tenían que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria, esto es el Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Dicen así dichas cláusulas del PPT:

«*4. PRESTACIÓN DEL SERVICIO.*
El personal necesario para la prestación del servicio correrá totalmente a cargo de la empresa, debiendo cumplir dicho personal las condiciones laborales legalmente vigentes.
Las atribuciones del adjudicatario serán las siguientes:
a) Atender y custodiar al alumnado durante las comidas, y el tiempo anterior y posterior a las mismas, así como, en su caso, durante el traslado del alumnado al centro con comedor.
b) Resolver las incidencias que pudieran presentarse durante ese tiempo.
c) Adquisición de hábitos sociales e higiénicos-sanitarios y correcta utilización del menaje del comedor.
En ningún caso este personal se encargará del desarrollo de proyectos educativos y/o socioculturales así como tampoco realizará la programación, realización ni evaluación de actividades lúdico educativas. Asimismo tampoco participarán en la

programación, realización ni evaluación de actividades lúdico educativas de los usuarios/as del comedor escolar.

6. TRABAJADORES QUE PRESTAN ACTUALMENTE EL SERVICIO A EFECTOS DE EVALUACIÓN DE COSTES LABORALES. ART.120 LCSP
En los anexos correspondientes se relaciona el personal que presta el servicio actualmente, y que, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación a las entidades que resulten adjudicatarias, pudiera resultar obligatorio la subrogación de estos trabajadores, teniendo en cuenta que esta relación de personal ha sido confeccionada según la información proporcionada por las entidades adjudicatarias actuales, siendo éstas las únicas responsables de la exactitud o inexactitud de los datos.»

Pues bien, de dichas cláusulas 4 y 6 del PPT no es posible inferir, como pretende la recurrente, que las empresas adjudicatarias tienen que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria, ni que ese convenio sea el de ocio educativo y animación sociocultural.

En este sentido, para justificar su argumento se apoya en las expresiones siguientes contenidas en la citadas cláusulas: i) en la cuarta en la expresión "*El personal necesario para la prestación del servicio correrá totalmente a cargo de la empresa, debiendo cumplir dicho personal las condiciones laborales legalmente vigentes*". Dicha frase en su primera parte contiene una advertencia para el adjudicatario en el sentido de que el personal que sea necesario para la ejecución del contrato será a su cargo y en la segunda parte que dicho personal debe cumplir la condiciones laborales legalmente vigentes, no pudiéndose inferir en modo alguno que lo anterior suponga que el adjudicatario tenga que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria.

Y ii) en la cláusula sexta, en la expresión "*En los anexos correspondientes se relaciona el personal que presta el servicio actualmente, y que, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación a las entidades que resulten*

adjudicatarias, pudiera resultar obligatorio la subrogación de estos trabajadores". En este caso, dicha expresión es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, relativo a aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, en los que el órgano de contratación deberá facilitar a las entidades licitadoras la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. En este sentido, la citada expresión recogida en la cláusula 6 del PPT, se limita informar del personal que presta actualmente el servicio para el supuesto de que pudiese resultar obligatoria la subrogación, en función del convenio que pudiese resultarle de aplicación a la entidad adjudicataria. Sin embargo, no es posible inferir de ello la pretensión de la recurrente de que las empresas adjudicatarias tienen que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria, ni que ese convenio sea el de ocio educativo y animación sociocultural.

Al respecto, es necesario traer a colación el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores que establece la primacía del convenio colectivo de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento, sobre los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior en materias tan significativas como son, entre otras, el salario base y los complementos salariales, el horario y la distribución del tiempo de trabajo o las medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Por tanto, el convenio colectivo que regirá el contrato examinado será el que resulte de aplicación, sin que pueda el PPT alterar el orden de fuentes del derecho laboral ni corresponda a él decidir si en el contrato en cuestión se ha de aplicar el convenio estatal o el de empresa si en su caso lo hubiere, como realmente hace dicho pliego al no pronunciarse sobre tales extremos.

Asimismo, la recurrente afirma que este Tribunal, en su Resolución 322/2016, 15 de diciembre, se pronunció del mismo modo que ella en su alegato anterior y que en la misma se reconoce el coste del convenio según la categoría de monitor, y que alcanza la cantidad de 10,04 euros/hora, lo que supone, a su juicio, que las empresas que concurriesen a la licitación deberían ceñir sus ofertas en el capítulo referido a costes de personal, como mínimo, a la citada cifra reconocida por este Tribunal.

Pues bien, dicha afirmación no puede ser compartida por este Tribunal. Al respecto en la citada Resolución 322/2016, la recurrente denunciaba la vulneración del artículo 87 del TRLCSP, ya que a su entender el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos no es adecuado a los valores del mercado, al no cubrir los costes que según ella se derivan del servicio. Asimismo, entre otras manifestaciones señalaba que al supuesto concreto le es de aplicación el II Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural.

En cuanto a la aplicación del convenio colectivo invocado por la recurrente en la citada resolución, este Órgano señalo que dicha afirmación no era combatida por el órgano de contratación, por lo que al no ser objeto de controversia el Tribunal partió de la consideración de que efectivamente el mencionado era el convenio colectivo de aplicación, pero ello no supone que este Tribunal reconozca que en este tipo de prestaciones el convenio de aplicación haya de ser en todo caso el invocado por la recurrente.

Asimismo, el hecho que el Tribunal en dicha Resolución 322/2016 comprobase que aplicando el convenio invocado por la recurrente resultaba un coste hora de 10,04 euros/hora, no supone como pretende la recurrente que las empresas que concurran a la presente licitación deberían ceñir sus ofertas en el capítulo referido a costes de personal, como mínimo, a la citada cifra de 10,04 euros/hora, pues ello va a depender de las condiciones en que haya de ejecutarse la prestación y del convenio que, en su caso, sea de aplicación.

Por último, afirma la recurrente que las adjudicaciones que se han acordado en la resolución recurrida, no son ajustadas a derecho, por cuanto las mismas son anormales y desproporcionadas, toda vez que no se ajustan a lo establecido en el PPT al estar todas ellas por debajo del salario mínimo para los trabajadores, de conformidad con su categoría profesional y con el convenio colectivo de aplicación.

Pues bien, además de lo ya expuesto anteriormente sobre lo establecido en las cláusulas 4 y 6 del PPT, para la determinación de si una oferta está incursa, inicialmente, en baja anormal o desproporcionada ha de estarse a los parámetros establecidos en el pliego para ello. En este sentido, conforme al anexo VIII del pliego de cláusulas administrativas particulares, los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados son los establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, y no los alegados por la recurrente.

Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el segundo de los motivos del recurso, la recurrente afirma que a la presente contratación le es de aplicación el "*Acuerdo, de 18 de octubre de 2.016, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, publicado el 21 de octubre en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía*", acuerdo que según manifiesta vulnera la resolución de adjudicación recurrida, por cuanto en ella no se respetan los derechos sociales y laborales de los trabajadores de las adjudicatarias, siendo este, a su juicio, de aplicación preceptiva a todos los contratos suscritos por la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Pues bien, el apartado primero de dicho Acuerdo dispone en lo que aquí interesa que "*El presente Acuerdo tiene por objeto la incorporación de cláusulas sociales y*

ambientales en los contratos que celebre la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, con el fin de (...).
Las licitaciones de la Junta de Andalucía, siempre que dichos aspectos se puedan incorporar al objeto del contrato, sean compatibles con el derecho comunitario y se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos del contrato incluirán estipulaciones tendentes a lograr objetivos de política social, ética y ambiental, en su versión más amplia (...) al ser una cuestión ajena a las relaciones entre el poder adjudicador y la empresa que resulte adjudicataria del contrato, que es lo que regulan los pliegos que han de regir la licitación; debiendo estos preservar el cumplimiento de la normativa laboral o sectorial que resulte de aplicación en la ejecución del contrato y sin que se puedan incluir cláusulas en los mismos que excluyan o alteren el orden de las fuentes del derecho laboral ni la negociación colectiva que corresponde a empresarios y trabajadores, ni modificar el ámbito de aplicación funcional o territorial de los convenios colectivos."

Así pues, dicho Acuerdo está dirigido a los órganos de contratación de la Junta de Andalucía, para que sus exigencias sean tenidas en cuenta a la hora de elaborar los anuncios y los pliegos y demás documentos que han de regir el procedimiento de contratación.

Sin embargo, en el supuesto examinado nos hallamos en la fase de adjudicación del contrato, en la que los pliegos han devenido firmes por no haber sido impugnado por las partes, por lo que necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo y 200/2017, de 6 de octubre, entre otras muchas). Pues bien, de lo dispuesto en los pliegos -en concreto en las cláusula 4 y 6 del PPT alegadas por la recurrente- como se ha analizado anteriormente, no es posible inferir como pretende la recurrente que las empresas adjudicatarias tienen que respetar el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya subrogación resulte obligatoria, ni que ese convenio sea el de ocio educativo y animación sociocultural.

Procede, pues, desestimar asimismo el segundo de los motivos del recurso.

SÉPTIMO. En el tercero y último de los motivos del recurso, la recurrente señala que la resolución recurrida, dictada por el órgano de contratación ha excluido ofertas por anormales o desproporcionadas, sin que en ella se exprese con claridad en que consisten dichas anormalidades, o la desproporción en base a las que se ha adoptado el acuerdo de exclusión, faltándole pues a la misma la motivación exigida por las normas administrativas, sin la cual la citada resolución carece de los requisitos esenciales para su validez.

Con respecto a la exclusión de empresas por ser sus ofertas anormales o desproporcionadas, la Resolución, de 9 de noviembre de 2017, de adjudicación del contrato, recoge en su apartado segundo algunas de ellas referidas a los Lotes 10 y 31, a los que como se ha expuesto con anterioridad la ahora recurrente no presentó oferta.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que la legitimación se reconoce a las entidades licitadoras cuyas ofertas no han sido seleccionadas en la medida en que la estimación del recurso se traduzca en la posibilidad de ser adjudicatarias. Así en el supuesto examinado, la eventual estimación del presente alegato relativo a que la resolución recurrida, respecto de las entidades excluidas de los lotes 10 y 31 por ser su oferta anormal o desproporcionada, no contiene la motivación necesaria, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, respecto de los citados lotes 10 y 31.

En definitiva, la potencial estimación del presente alegato, de falta de motivación de las exclusiones relativas a los lotes 10 y 31, en ningún caso alteraría el sentido que para la recurrente pudiese tener la adjudicación, pues no podría resultar adjudicataria de esos lotes 10 y 31, ni, por tanto, obtendría beneficio alguno ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio, salvo el de la defensa de la legalidad, desbordando así el alcance de la

legitimación que otorga el artículo 42 del TRLCSP, basado en la existencia de un interés propio y no ajeno.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 128/2017, de 19 de junio, 137/2017, de 30 de junio, 169/2017, de 11 de septiembre y 22/2018, de 31 de enero, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 354/2015, de 17 de abril y 2/2016, de 12 de enero.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUNIOR INFORMÁTICA, S.A.** contra la Resolución, de 9 de noviembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de personal para la atención al alumnado en el comedor escolar en centros docentes públicos dependientes de la Delegación Territorial de Almería de la Consejería de Educación, durante el curso 2017-2018", respecto de los Lotes 6 y 7 (Expte. CE/DTAL/P.A.A.-17-18).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.